

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 066-2019-OS/CD**

Lima, 15 de abril de 2019

CONSIDERANDO:

1.- ANTECEDENTES

Que, con fecha 02 de febrero de 2019, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante "Osinergmin"), publicó en el diario oficial El Peruano la Resolución N° 016-2019-OS/CD (en adelante "Resolución 016"), mediante la cual se aprobó el Balance Final de los montos transferidos para la devolución de los montos recaudados por conceptos del CASE, Cargo Tarifario SISE y TRS dispuesta por Ley N° 30543;

Que, con fecha 4 de marzo de 2019, la empresa Enel Generación Perú S.A.A. (en adelante "Enel Generación Perú") interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 016, mediante documento recibido según Registro N° 2240-2019, siendo materia del presente acto administrativo el análisis y decisión de dicho recurso;

Que, con fechas 28 de marzo y 10 de abril de 2019, la empresa Nexa Resources Cajamarquilla S.A. (en adelante "Nexa") brindó respuesta al traslado del recurso de reconsideración presentado por Enel Generación Perú, mediante documentos recibidos según Registros N° 3111-2019 y 3449-2019, respectivamente;

2.- PETITORIO

Que, Enel Generación Perú solicita se modifique la Resolución 016 debido a que su representada informó erróneamente a Osinergmin la suma que debía recaudar de Nexa, la cual ascendía a S/ 3 224 805,91 en lugar de los S/ 2 077 198,05 que efectivamente recaudó de la mencionada empresa. En tal sentido, señala que la diferencia de S/ 1 147 607,86 que no fue pagada por Nexa debería ser devuelta a su representada. Respecto al saldo que quedaría pendiente de devolver, señala que dicha suma tampoco debe ser devuelta a Nexa en virtud de la Transacción que celebraron el 09 de abril de 2018;

3.- SUSTENTO DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Que, Enel Generación Perú señala que, según la Resolución 016, tiene saldos de balance por el concepto CASE por un monto de S/ 3 070 235,27. Al respecto, manifiesta que su representada habría informado a Osinergmin la suma que habría recaudado de Nexa la cual ascendía a S/ 3 224 805,91 en lugar de los S/ 2 077 198,05 que efectivamente recaudó de la mencionada empresa. En tal sentido, señala que la diferencia de S/ 1 147 607,86 que no fueron pagados por Nexa deberían ser devueltos a su representada;

Que, en relación al resto de montos pendientes de devolución, Enel Generación Perú señala que dichos montos tampoco deben ser devueltos a Nexa en virtud de la transacción extrajudicial que celebraron ambas empresas el 09 de abril de 2018. Agrega que la conformidad de Nexa con este proceder queda demostrada por el hecho de que la referida empresa no ha solicitado la devolución del CASE;

Que, a fin de sustentar sus argumentos, Enel Generación Perú remite la versión corregida de los Formatos N° 1 y 2 referidos a las recaudaciones del CASE; las facturas pagadas por Nexa del periodo mayo de 2015 a diciembre de 2016; el sustento de la determinación del CASE en las referidas facturas, diferenciando los montos efectivamente recaudados y los reportados a Osinergmin; así como una copia de la transacción extrajudicial celebrada entre Enel Generación Perú y Nexa, en la cual las partes acordaron dar por culminadas todas las controversias existentes y que pudieran existir, vinculadas a la celebración del contrato de compra de potencia y energía de fecha 30 de abril de 1997;

4.- ANÁLISIS DEL PETITORIO

4.1 Respecto a los montos erróneamente reportados como efectivamente recaudados

Que, de acuerdo con lo establecido en el numeral 10.1 del “Procedimiento para la Devolución de los pagos efectuados por los conceptos de CASE, Cargo Tarifario SISE y TRS dispuesta por Ley N° 30543” (“Procedimiento de Devolución”), aprobado con Resolución N° 206-2017-OS/CD, la información remitida por las empresas generadoras eléctricas, según el Formato 1 del Anexo A de la Resolución N° 185-2017-OS/CD tiene carácter de Declaración Jurada, siendo responsabilidad de dichas empresas la veracidad y exactitud de la misma, por lo que cualquier error o información inexacta será de responsabilidad de dichos agentes, quienes asumirán los pagos indebidos, independientemente de las sanciones a que hubiere lugar;

Que, sobre la base de la información reportada por Enel Generación Perú que se encontraba a disposición de este Organismo, mediante la Resolución 016 se aprobó el saldo de balance final de la devolución del CASE, correspondiente a la referida empresa. Sin embargo, en su recurso de reconsideración, Enel Generación Perú señala que la suma informada como efectivamente recaudada de Nexa no resulta correcta; toda vez que, de la totalidad de dichos montos, S/ 1 147 607,86 habrían sido reportados erróneamente, dado que dicho importe contiene el CASE pagado por su representada durante los meses de mayo de 2015 a diciembre de 2016, periodo en el cual Nexa realizó el CASE de manera parcial;

Que, al respecto, de acuerdo con el numeral 30.3 del Artículo 30° del “Procedimiento para Aplicación del Mecanismo de Ingresos Garantizados del Sistema Integrado de Transporte de Hidrocarburos – Ductos de Seguridad y Gasoducto Sur Peruano”, aprobado mediante Resolución N° 148-2014-OS/CD, las Empresas Recaudadoras, como Enel Generación Perú, no eran responsables solidarios ante la falta de pago de sus clientes; por ende, únicamente tenían la obligación de transferir al Fideicomiso Recaudador – Pagador¹ los montos efectivamente recaudados;

Que, en ese sentido, considerando la normativa antes citada y sobre la base del Principio de Presunción de Veracidad contemplado en el numeral 1.7 del Artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante “TUO LPAG”), -el cual establece que se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados responden a la verdad de los hechos que ellos afirman-; corresponde disponer la modificación del saldo de liquidación que fuera aprobado para dicha empresa en la Resolución N° 230-

¹ Fideicomiso Recaudador – Pagador, constituido en virtud del Anexo 16 del Contrato de Concesión del Proyecto “Mejoras a la Seguridad Energética del País y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano”.

2017-OS/CD, así como su respectivo saldo de balance final aprobado mediante Resolución 016;

Que, si bien se ha procedido a modificar el saldo de liquidación del CASE, conforme lo solicita la recurrente, el resultado reconoce a Enel Generación Perú un monto ascendente a S/ 1 103 096,75 y no la suma de S/ 1 147 607,86 solicitada en su petitorio. Esta diferencia se debe a que el error de la recurrente, al remitir información de los montos facturados y no los efectivamente recaudados de Nexa para la publicación de la Resolución 230, ocasionó que dicha suma fuera considerada dentro del monto total a devolver por parte de los Generadores y Distribuidores Eléctricos para efectos de determinar el Factor de Ajuste CASE, según se desprende del numeral 5.3.3 del Informe N° 609-2017-GRT con el que se sustenta la Resolución 230;

Que, de acuerdo a lo señalado, corresponde declarar fundado en parte este extremo del petitorio de Enel Generación Perú, debiendo señalarse que la corrección del saldo de liquidación y del saldo de balance final de la recurrente han sido detallados en el [Informe Técnico N° 201-2019-GRT](#) que forma parte de la presente resolución;

4.2 Respecto a los montos no devueltos debido al Acuerdo de Transacción Extrajudicial celebrado entre Enel Generación Perú y Nexa

Que, en relación a este extremo, la recurrente señala que si bien durante los meses de mayo de 2015 a diciembre de 2016, Nexa pagó los importes por concepto del CASE, dichos montos tampoco pueden ser devueltos a la referida empresa, en virtud del Acuerdo de Transacción Extrajudicial celebrado el 09 de abril de 2018 entre su representada y Nexa (en adelante "Transacción");

Que, sobre el particular, el ejercicio de las funciones y competencias asignadas a un organismo de la administración pública, como es el caso de Osinergmin, debe ser desempeñado en concordancia con el Principio de Legalidad, entendido como aquel deber de la Administración de actuar dentro del ámbito de competencia que le fue atribuido por la Constitución y las demás leyes, conforme lo señala el Artículo 1.1 del TUO LPAG;

Que, para el caso de las competencias de Osinergmin, éstas le han sido otorgadas por Ley N° 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores y la Ley N° 26734, Ley del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía, las mismas que fueron desarrolladas en el Reglamento General de Osinergmin aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-2001-PCM. De acuerdo con el Artículo 3° de la Ley N° 27332, Osinergmin ejerce las funciones de supervisar, regular, normar, fiscalizar y sancionar, y solucionar controversias y reclamos de usuarios de los servicios que regula;

Que, de acuerdo a lo señalado, la evaluación de este extremo del recurso se realizará conforme a las funciones asignadas a este Organismo y sobre la base de las disposiciones de la Ley N° 30543, su reglamento y el Procedimiento de Devolución, el cual en el literal b) del numeral 13.5 señala que la devolución del CASE a los Usuarios Finales Beneficiarios que calificaban como Clientes Libres debía hacerse mediante notas de crédito, cheque no negociable, transferencia bancaria u otro documento contable susceptible de ser aplicado en el siguiente ciclo de facturación;

Que, considerando el numeral citado, se ha evaluado la información proporcionada por Enel Generación Perú habiéndose verificado que la recurrente no ha acreditado la devolución de los montos destinados a Nexa a través de alguno de los medios previstos en el Procedimiento de Devolución, por lo tanto, no corresponde reconocer como montos efectivamente devueltos, la suma que debía ser devuelta a Nexa;

Que, si bien, como parte de la documentación presentada por Enel Generación Perú se encuentra la Transacción suscrita con Nexa, dicho documento no constituye un medio idóneo para acreditar la devolución del CASE a Nexa, debido a que en el Procedimiento de Devolución no se contempla la suscripción de acuerdos privados entre los agentes responsables de la devolución y los usuarios finales beneficiarios, como uno de los medios que acreditar y hacer efectivas las devoluciones;

Que, de otro lado, Nexa ha señalado en sus cartas de fecha 28 de marzo y 10 de abril de 2019 que, mediante la suscripción de la Transacción, ambas partes han llegado a una solución integral respecto a sus controversias, dentro de las cuales se incluyó el pago del CASE;

Que, por lo expuesto, considerando que la devolución del CASE a Nexa no ha sido acreditada por la recurrente conforme a las disposiciones previstas en el Procedimiento de Devolución, corresponde declarar infundado este extremo del recurso de reconsideración;

Que, en concordancia con la Novena Disposición Complementaria del Procedimiento de Devolución aprobado mediante Resolución N° 206-2017-OS/CD, queda expedita la facultad de Osinergmin de efectuar las acciones de supervisión, fiscalización y sanción que, de ser el caso, correspondan;

Que, finalmente se ha emitido el [Informe Técnico N° 201-2019-GRT](#) y el [Informe Legal N° 205-2019-GRT](#), los cuales han sido elaborados por la División de Gas Natural y la Asesoría Legal de la Gerencia de Regulación Tarifas, y que complementan la motivación de la decisión del Consejo Directivo de Osinergmin, cumpliendo de esta manera con el requisito de validez de los actos administrativos;

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, en el Reglamento General del Osinergmin, aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, en la Ley N° 30543, la cual dejó sin efecto el cobro del CASE y la aplicación del cargo por SISE y la TRS, su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2017-EM; en el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, TUO de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, así como en sus normas modificatorias, complementarias y conexas; y;

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 012-2019.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar fundado en parte el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Enel Generación Perú S.A.A., contra la Resolución N° 016-2019-OS/CD, en el extremo referido a que se modifique el saldo del balance final aprobado por dicha resolución, como resultado de la corrección de los montos erróneamente reportados como efectivamente recaudados de Nexa Resources Cajamarquilla S.A., por las razones señaladas en el numeral 4.1 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Enel Generación Perú S.A.A., contra la Resolución N° 016-2019-OS/CD, en el extremo referido a que se modifique el saldo del balance final aprobado por dicha resolución, considerando que no existen montos pendientes de devolución a Nexa Resources Cajamarquilla S.A. en virtud del Acuerdo de Transacción Extrajudicial que ambas empresas suscribieron, por las razones señaladas en el numeral 4.2 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3.- Modificar la Liquidación de Saldos y Montos a Transferir a los Generadores Eléctricos, correspondiente a la empresa Enel Generación Perú S.A.A., sustituyendo el ítem 13 del Cuadro N° 1. Liquidación de Saldos y Montos a Transferir a los Generadores Eléctricos contenido en el Artículo 1 de la Resolución N° 230-2017-OS/CD modificado mediante Resolución N° 032-2018-OS/CD, quedando de la siguiente manera:

N°	Empresa	MDGE _{CASE} (Soles)	SLGE _{CASESi} (Soles)	SLGE _{CASEEg} (Soles)	SLGB _{TRS} (Soles)	MTGE _{CASE} (Soles)
13	Enel Generación Perú	14 905 502,23	862 216,79	117 575,02	814 038,11	16 699 332,14

Artículo 4.- Modificar el Saldo del Balance Final de la devolución de los pagos efectuados por el cargo CASE, correspondientes a la empresa Enel Generación Perú S.A.A., sustituyendo el ítem 13 de la Tabla N° 1 Balance Final de la devolución del CASE del Distribuidor Eléctrico contenida en el Artículo 1 de la Resolución N° 016-2019-OS/CD, quedando de la siguiente manera:

N°	Empresa	MTEGE _{CASE} (Soles)	SLGE (Soles)	MDRGE _{CASE} (Soles)	SBFGE _{CASE} (Soles)
		A	B	C	D=A-B-C
13	Enel Generación Perú	16 699 332,14	1 793 829,91	12 938 363,70	1 967 138,53

Artículo 5.- Disponer que las modificaciones a la Resolución N° 016-2019-OS/CD, como consecuencia de lo dispuesto en la presente Resolución, serán consignadas en resolución complementaria.

Artículo 6.- Disponer que la Gerencia de Supervisión de Energía del Osinergmin efectúe las acciones de supervisión, fiscalización y sanción que, de ser el caso, correspondan en aplicación de la Novena Disposición Complementaria del Procedimiento para la devolución de los pagos efectuados por los conceptos de CASE, Cargo Tarifario SISE y TRS dispuesta por Ley N° 30543 aprobado mediante Resolución N° 206-2017-OS/CD.

Artículo 7.- Incorporar el [Informe Técnico N° 201-2019-GRT](#) y el [Informe Legal N° 205-2019-GRT](#), como parte integrante de la presente resolución.

Artículo 8.- Disponer la publicación de la presente Resolución en el diario oficial El Peruano, y consignarla, junto con los Informes [N° 201-2019-GRT](#) y [N° 205-2019-GRT](#) en el Portal Institucional de Osinergmin: <http://www.osinergmin.gob.pe/Resoluciones/Resoluciones-GRT-2019.aspx>

Daniel Schmerler Vainstein
Presidente del Consejo Directivo
Osinergmin